



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. RICHARD DE LA TOUR
fremsat den 7. december 2023¹

Sag C-706/22

Konzernbetriebsrat der O SE & Co KG
procedeltager:
Vorstand der O Holding SE

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesarbeitsgericht (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager, Tyskland))

»Præjudiciel forelæggelse – europæisk selskab – forordning (EF) nr. 2157/2001 – artikel 12, stk. 2 – medarbejderindflydelse – registrering af det europæiske selskab betinget af forudgående gennemførelse af en forhandlingsprocedure om medarbejderindflydelse i henhold til direktiv 2001/86/EF – europæisk selskab, der er stiftet og registreret uden medarbejdere, og som er blevet moderselskab til datterselskaber, der beskæftiger medarbejdere – ikke pligt til at indlede forhandlingsproceduren efterfølgende – forbud mod misbrug af et europæisk selskab med henblik på at fratage medarbejderne deres ret til medindflydelse«

I. Indledning

1. Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 12, stk. 2, i Rådets forordning (EF) nr. 2157/2001 af 8. oktober 2001 om statut for det europæiske selskab (SE)², sammenholdt med artikel 3-7 i Rådets direktiv 2001/86/EF af 8. oktober 2001 om fastsættelse af supplerende bestemmelser til statut for det europæiske selskab (SE) for så vidt angår medarbejderindflydelse³.

2. Denne anmodning er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem Konzernbetriebsrat der O SE & Co. KG (koncernbedriftsrådet i O SE & Co. KG, herefter »O KG's koncernbedriftsråd«) og Vorstand der O Holding SE (direktionen for O Holding SE) angående et krav om oprettelse af et særligt forhandlingsorgan med henblik på efterfølgende gennemførelse af forhandlingsproceduren om medarbejderindflydelse i henhold til artikel 3-7 i direktiv 2001/86.

3. Direktiv 2001/86 er resultatet af mere end 30 års forhandlinger, eftersom det første udkast til regler vedrørende oprettelse af et europæisk selskab (herefter »SE-selskab«) i form af en forordning blev foreslået af Europa-Kommissionen i 1970⁴. Forhandlingerne strandede længe på

¹ – Originalsprog: fransk.

² – EFT 2001, L 294, s. 1.

³ – EFT 2001, L 294, s. 22.

⁴ – Jf. niende betragtning til forordning nr. 2157/2001.

to forhold: selskabets tostrengede eller enstrengede struktur og medarbejdernes indflydelse⁵, hvorved denne indflydelse defineres som enhver ordning, herunder information, høring og medbestemmelse, hvorigennem medarbejderrepræsentanter kan øve indflydelse på de afgørelser, der skal træffes i selskabet⁶.

4. Udkastet til regler vedrørende oprettelsen af et SE-selskab blev opdelt i to forslag fra Kommissionen, der blev fremlagt den 25. august 1989: et forslag til forordning om statut for SE-selskabet⁷ og et forslag til direktiv om supplerende bestemmelser til SE-statutten med hensyn til arbejdstageres stilling⁸. I forslaget til forordning blev der givet mulighed for at stifte et holding-SE-selskab for visse aktieselskaber, der hører under mindst to medlemsstaters lovgivning, eller som i mindst to år har haft et datterselskab, som hører under en anden medlemsstats lovgivning⁹.

5. Senere i forhandlingsforløbet gjorde »før og efter-princippet«¹⁰, der blev beskrevet således, at de eksisterende rettigheder vedrørende medarbejderindflydelse i de selskaber, som deltager i stiftelsen af SE-selskabet, tages i betragtning i det nye SE-selskab, det muligt at opnå grundlag for et kompromis i 1998¹¹. Dette centrale forslag førte til det kompromis, som vandt enstemmig tilslutning efter ændringen af retsgrundlaget for direktiv 2001/86.

6. Det viste sig imidlertid meget hurtigt, at hovedparten af de SE-selskaber, der blev stiftet i visse medlemsstater, var medarbejderløse SE-selskaber, som kunne registreres uden forudgående gennemførelse af de forhandlinger med det særlige forhandlingsorgan, der er fastsat i artikel 12, stk. 2, i forordning nr. 2157/2001.

7. Eftersom et stort antal medarbejderløse SE-selskaber registreres uden forudgående forhandlinger om medarbejderindflydelse¹², er spørgsmålet imidlertid, om det skal tillades eller foreskrives, at sådanne forhandlinger gennemføres efterfølgende, og om der skal fastlægges en frist, inden for hvilken disse forhandlinger kan indledes efter registreringen af SE-selskabet.

8. I dette forslag til afgørelse vil jeg foreslå Domstolen at fastslå, at direktiv 2001/86 ikke foreskriver, at der skal indledes efterfølgende forhandlinger, men at det tillader sådanne forhandlinger i tilfælde af misbrug.

⁵ – Jf. den endelige rapport fra ekspertgruppen for »Europæiske Ordninger for Arbejdstageres Inddragelse« (Davignon-rapporten) (C4-0455/97) fra maj 1997, punkt 9: »På trods af bestræbelserne på at forlige de forskellige opfattelser (på den ene side »intet europæisk selskab uden medbestemmelse« og på den anden side »nej til eksport af nationale modeller for medbestemmelse«) er der opstået en fastlåst situation.«

⁶ – Jf. artikel 2, litra h), i direktiv 2001/86.

⁷ – Jf. forslag til Rådets forordning om statut for det europæiske selskab (KOM(89) 268 endelig udg. – SYN 218).

⁸ – Jf. forslag til Rådets direktiv om supplerende bestemmelser til SE-statutten med hensyn til arbejdstageres stilling (KOM(89) 268 endelig udg. – SYN 219).

⁹ – Jf. artikel 2, stk. 1, i dette forslag til forordning, nu artikel 2, stk. 2, i forordning nr. 2157/2001.

¹⁰ – Jf. 18. betragtning til direktiv 2001/86.

¹¹ – Jf. udkast til protokol for 2102. samling i Rådet (arbejds- og socialministrene) den 4.6.1998 i Luxembourg (8717/98), der er tilgængelig på følgende internetadresse: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8717-1998-INIT/da/pdf>, s. 8.

¹² – I 2017 fandtes der 450 SE-selskaber, der havde faktisk aktivitet og beskæftigede mere end fem medarbejdere, ud af de registrerede 2 695 SE-selskaber, selv om oplysningerne om en del registrerede SE-selskaber ganske vist ikke er tilgængelige (jf. arbejdsdokumentet udarbejdet af J. Waddington og A. Conchon med titlen »Is Europeanised board-level employee representation specific? The case of European Companies (SEs)«, The European Trade Union Institute, Bruxelles, 2017, s. 7).

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

1. Forordning nr. 2157/2001

9. Følgende fremgår af 1. og 21. betragtning til forordning nr. 2157/2001:

»(1) Gennemførelsen af det indre marked og den forbedring af den økonomiske og sociale situation i hele [Den Europæiske Union], som derved fremmes, forudsætter ikke alene fjernelse af handelshindringer men også tilpasning af produktionsstrukturerne til [EU-]dimensionen. Med henblik herpå er det nødvendigt, at selskaber, hvis aktivitet ikke er begrænset til at dække rent lokale behov, kan planlægge og gennemføre reorganiseringen af deres aktiviteter på [EU-]plan.

[...]

(21) Direktiv [2001/86] har til formål at sikre medarbejderne en ret til indflydelse i spørgsmål og beslutninger, som berører SE-selskabets virksomhed. De øvrige social- og arbejdsretlige spørgsmål, navnlig medarbejdernes ret ifølge medlemsstaternes praksis til at blive underrettet og hørt, er omfattet af de nationale bestemmelser, der på samme vilkår gælder for aktieselskaber.«

10. Artikel 1, stk. 1 og 4, i denne forordning bestemmer:

»1. På [Unionens] område kan der stiftes selskaber i form af [SE-selskaber] på de betingelser og efter de regler, der er fastsat i denne forordning.

[...]

4. For medarbejderindflydelsen i et SE-selskab gælder bestemmelserne i direktiv [2001/86].«

11. Artikel 2, stk. 2, litra a), i denne forordning fastsætter:

»Aktieselskaber og andre selskaber med begrænset ansvar, jf. bilag II, som er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og som har deres vedtægtsmæssige hjemsted og deres hovedkontor i [Unionen], kan tage initiativ til at stifte et SE-holdingselskab, hvis mindst to af selskaberne:

a) hører under forskellige medlemsstaters lovgivning [...]«

12. Artikel 8, stk. 1, 14 og 16, i forordning nr. 2157/2001 har følgende ordlyd:

»1. Et SE-selskabs vedtægtsmæssige hjemsted kan flyttes til en anden medlemsstat [...]. Flytning af hjemsted bevirker hverken, at selskabet opløses, eller at der stiftes en ny juridisk person.

[...]

14. I lovgivningen i en medlemsstat kan det imidlertid, for så vidt angår SE-selskaber, der er registreret i denne medlemsstat, bestemmes, at en flytning af det vedtægtsmæssige hjemsted, som medfører, at en anden lovgivning finder anvendelse, ikke får virkning, hvis en kompetent myndighed i den pågældende medlemsstat fremsætter indsigelse mod flytningen inden for fristen [...] på to måneder. [...]

[...]

16. Et SE-selskab, der har flyttet sit hjemsted til en anden medlemsstat, anses med hensyn til ethvert krav, der er rejst inden flytningen [...], for at have sit vedtægtsmæssige hjemsted i den medlemsstat, hvor SE-selskabet var registreret inden flytningen, også når der anlægges sag mod SE-selskabet efter flytningen.«

13. Denne forordnings artikel 9, stk. 1, litra c), har følgende ordlyd:

»SE-selskabet er omfattet af:

[...]

c) følgende bestemmelser for så vidt angår spørgsmål, som ikke er omfattet af denne forordning, eller, når et spørgsmål kun delvis er omfattet, for så vidt angår de aspekter, som ikke er omfattet af denne forordning:

[...]

ii) den lovgivning i medlemsstaterne, som ville finde anvendelse på et aktieselskab, der er stiftet i overensstemmelse med lovgivningen i den medlemsstat, hvor SE-selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemsted

[...]«

14. Den nævnte forordnings artikel 12, stk. 1 og 2, bestemmer:

»1. Ethvert SE-selskab skal i den medlemsstat, hvori det har sit vedtægtsmæssige hjemsted, optages i det register, der er foreskrevet i denne medlemsstats lovgivning [...]

2. Et SE-selskab kan ikke registreres, medmindre der er indgået en aftale om ordninger for medarbejderindflydelse i henhold til artikel 4 i direktiv [2001/86], eller der er truffet afgørelse i henhold til [dette] direktivs artikel 3, stk. 6, eller forhandlingsperioden i henhold til nævnte direktivs artikel 5 er udløbet, uden at der er indgået nogen aftale.«

2. Direktiv 2001/86

15. Følgende fremgår af 3., 7. og 18. betragtning til direktiv 2001/86:

»(3) Med henblik på at fremme [Unionens] arbejdsmarkedsmæssige og sociale mål skal der fastsættes særlige bestemmelser om navnlig medarbejderindflydelse, som tager sigte på at sikre, at stiftelse af et SE-selskab ikke medfører, at eksisterende praksis for medarbejderindflydelse i de selskaber, der deltager i stiftelsen af et SE-selskab, fortabes eller indskrænkes. Dette mål bør nås ved at opstille et regelsæt på området, der supplerer [bestemmelserne i forordning nr. 2157/2001].

[...]

(7) Hvis og når der består ret til medbestemmelse i et eller flere selskaber, som stifter et SE-selskab, overføres denne ret til SE-selskabet, når dette er stiftet, medmindre parterne bestemmer andet.

[...]

(18) Sikringen af medarbejdernes erhvervede ret til indflydelse på afgørelser i virksomheden er et grundlæggende princip og et erklæret mål i dette direktiv. De rettigheder, medarbejderne havde inden stiftelsen af europæiske selskaber, er også udgangspunktet for udformningen af deres ret til medindflydelse i SE-selskabet (»før og efter-princippet«). Denne betragtningsmåde gælder derfor ikke kun for nystiftelse af et SE-selskab, men også for strukturelle ændringer af et allerede bestående europæisk selskab og for de selskaber, der berøres af de strukturelle ændringsprocesser.«

16. Dette direktivs artikel 1 er affattet således:

»1. Dette direktiv omhandler medarbejderindflydelse i [SE-]selskabers anliggender [...], der er omhandlet i forordning [nr. 2157/2001].

2. Med henblik herpå indføres der ordninger for medarbejderindflydelse i hvert SE-selskab i overensstemmelse med den i artikel 3 til 6 omhandlede forhandlingsprocedure eller, for så vidt angår forholdene i artikel 7, i overensstemmelse med bilaget.«

17. I det nævnte direktivs artikel 2, litra b) og g), defineres de deltagende selskaber som »de selskaber, der deltager direkte i stiftelsen af et SE-selskab« og det særlige forhandlingsorgan som »det organ, der nedsættes i overensstemmelse med artikel 3 med henblik på at føre forhandlinger med de deltagende selskabers kompetente organer om indførelse af ordninger for medarbejderindflydelse i SE-selskabet«.

18. Artikel 3 i direktiv 2001/86 med overskriften »Oprettelse af det særlige forhandlingsorgan« bestemmer i stk. 1, 2 og 6:

»1. Når de deltagende selskabers ledelses- eller administrationsorganer udarbejder stiftelsesplanen for et SE-selskab, skal de snarest muligt efter offentliggørelsen af planen for fusion eller stiftelse af et holdingselskab eller efter vedtagelsen af en stiftelsesplan for et datterselskab eller en plan for omdannelse til et SE-selskab træffe de nødvendige foranstaltninger, herunder oplysninger om navnene på de deltagende selskaber og berørte

datterselskaber eller bedrifter (driftsenheder), og om antallet af medarbejdere, til at indlede forhandlinger med repræsentanterne for selskabernes medarbejdere om ordninger for medarbejderindflydelse i SE-selskabet.

2. Med henblik herpå oprettes der et særligt forhandlingsorgan, der er repræsentativt for de deltagende selskabers og berørte datterselskabers eller bedrifters (driftsenheders) medarbejdere [...]

[...]

6. Det særlige forhandlingsorgan kan [...] træffe afgørelse om ikke at indlede forhandlinger eller om at afbryde allerede indledte forhandlinger og støtte sig på gældende regler om information og høring af medarbejdere i de medlemsstater, hvor SE-selskabet har medarbejdere. En sådan afgørelse standser proceduren for indgåelse af den i artikel 4 omhandlede aftale. Når en sådan afgørelse er truffet, finder ingen af bestemmelserne i bilaget anvendelse.

[...]

Det særlige forhandlingsorgan indkaldes på ny efter skriftlig anmodning fra mindst 10% af medarbejderne i SE-selskabet, dets datterselskaber og bedrifter (driftsenheder), eller deres repræsentanter, tidligst to år efter ovennævnte afgørelse, medmindre parterne er enige om at genoptage forhandlingerne inden da. Hvis det særlige forhandlingsorgan beslutter at genoptage forhandlinger med ledelsen, men disse forhandlinger ikke fører til nogen aftale, finder ingen af bestemmelserne i bilaget anvendelse.«

19. Dette direktivs artikel 7 med overskriften »Referencebestemmelser« fastsætter i stk. 1 og 2:

»1. For at sikre virkeliggørelsen af målet i artikel 1 fastsætter medlemsstaterne [...] referencebestemmelser om medarbejderindflydelse, som skal være i overensstemmelse med bestemmelserne i bilaget.

De referencebestemmelser, der er fastsat i lovgivningen i den medlemsstat, hvor SE-selskabet skal have sit vedtægtsmæssige hjemsted, gælder fra datoen for SE-selskabets registrering:

a) hvis parterne er enige om det, eller

b) hvis der [...] ikke er indgået nogen aftale og

- det kompetente organ i hvert af de deltagende selskaber beslutter at acceptere, at referencebestemmelserne finder anvendelse på SE-selskabet, og således fortsætte registreringen og
- det særlige forhandlingsorgan ikke har truffet den afgørelse, der er omhandlet i artikel 3, stk. 6.

2. Desuden finder de referencebestemmelser, der er fastsat i den nationale lovgivning i den medlemsstat, hvor SE-selskabet skal have sit vedtægtsmæssige hjemsted, i overensstemmelse med del 3 i bilaget kun anvendelse:

[...]

- c) i det tilfælde, hvor et SE-selskab stiftes ved at oprette et holdingselskab eller et datterselskab:
- hvis en eller flere former for medbestemmelse inden SE-selskabets registrering omfattede mindst 50% af det samlede antal medarbejdere i samtlige deltagende selskaber, eller
 - hvis en eller flere former for medbestemmelse inden SE-selskabets registrering fandt anvendelse i et eller flere deltagende selskaber og omfattede mindre end 50% af det samlede antal medarbejdere i samtlige deltagende selskaber, og hvis det særlige forhandlingsorgan træffer afgørelse herom.

Hvis der var mere end en form for medbestemmelse i de forskellige deltagende selskaber, træffer det særlige forhandlingsorgan afgørelse om, hvilken af disse former der skal indføres i SE-selskabet. Medlemsstaterne kan fastsætte regler, der gælder for et SE-selskab, som er registreret på deres område, hvis der ikke foreligger nogen afgørelse om dette spørgsmål. Det særlige forhandlingsorgan underretter de kompetente organer i de deltagende selskaber om de afgørelser, der træffes i medfør af dette stykke.«

20. Det nævnte direktivs artikel 11 med overskriften »Misbrug af procedurerne« er affattet således:

»Medlemsstaterne træffer i overensstemmelse med [EU-]lovgivningen passende foranstaltninger for at undgå misbrug af et SE-selskab med det formål at fratage medarbejderne deres ret til medindflydelse eller nægte dem en sådan ret.«

21. Direktivets artikel 12, stk. 2, fastsætter:

»Medlemsstaterne sørger for adgang til at træffe passende foranstaltninger, hvis direktivet ikke efterkommes; de sørger især for, at der findes administrative eller retlige procedurer, hvorved opfyldelsen af pligterne i henhold til dette direktiv kan håndhæves.«

B. Tysk ret

22. Direktiv 2001/86 er gennemført i tysk ret ved Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (lov om arbejdstagernes indflydelse i et europæisk selskab)¹³ af 22. december 2004.

23. Denne lovs § 18 med overskriften »Genoptagelse af forhandlingerne« bestemmer i stk. 3:

»Såfremt der er planlagt strukturelle ændringer af SE-selskabet, der kan mindske arbejdstagernes ret til indflydelse, afholdes der på foranledning af SE-selskabets ledelse eller bestyrelse forhandlinger om arbejdstagerne i SE-selskabets ret til indflydelse. I stedet for det særlige forhandlingsorgan, der skal nyoprettes, kan forhandlingerne med SE-selskabets ledelse efter aftale føres af SE-selskabets bestyrelse i fællesskab med repræsentanterne for de arbejdstagere, der berøres af den planlagte strukturelle ændring, og som hidtil ikke har været repræsenteret af SE-selskabets bestyrelse. Såfremt der ikke opnås enighed under disse forhandlinger, finder §§ 22-33 om SE-selskabets bestyrelse i medfør af loven og §§ 34-38 om medbestemmelse i medfør af loven anvendelse.«

¹³ – BGBl. 2004 I, s. 3675.

24. Den nævnte lovs § 43 er affattet således:

»Et SE-selskab må ikke misbruges med det formål at fratage eller nægte arbejdstagere ret til indflydelse. Der formodes at være tale om misbrug, såfremt der uden gennemførelse af proceduren i henhold til § 18, stk. 3, finder strukturelle ændringer sted, der bevirker, at arbejdstagerne fratages eller nægtes ret til indflydelse, inden for et år efter stiftelsen af SE-selskabet.«

III. De faktiske omstændigheder i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

25. Den 28. marts 2013 blev selskabet O Holding SE, der er stiftet i henhold til artikel 2, stk. 2, i forordning nr. 2157/2001 af selskaberne O Ltd og O GmbH, som er to medarbejderløse selskaber, der ikke havde datterselskaber med medarbejdere, og som er etableret i henholdsvis Det Forenede Kongerige og i Tyskland, optaget i registret for England og Wales, uden at der havde fundet forhandlinger sted vedrørende medarbejderindflydelse som fastsat i artikel 3-7 i direktiv 2001/86.

26. Dagen efter, den 29. marts 2013, blev O Holding SE eneste selskabsdeltager i selskabet O Holding GmbH, der var et selskab med vedtægtsmæssigt hjemsted i Hamburg (Tyskland), og som havde en bestyrelse, der for en tredjedels vedkommende bestod af medarbejderrepræsentanter. O Holding SE besluttede den 14. juni 2013 at omdanne dette selskab til et kommanditselskab, O KG, hvorefter omdannelsen blev indført i registret den 2. september 2013, og fra denne dato fandt medbestemmelsen i bestyrelsen ikke længere anvendelse.

27. Selv om O KG beskæftiger ca. 816 medarbejdere og har datterselskaber i flere medlemsstater, der beskæftiger ca. 2 200 medarbejdere i alt, beskæftiger deltagerne heri (O Holding SE, kommanditist, og selskabet O Management SE, komplementar, der er registreret i Hamburg, og hvis eneste selskabsdeltager er O Holding SE) ingen medarbejdere.

28. O Holding SE flyttede sit vedtægtsmæssige hjemsted til Hamburg med virkning fra den 4. oktober 2017.

29. O KG's koncernbedriftsråd var af den opfattelse, at ledelsen i O Holding SE var forpligtet til efterfølgende at oprette et særligt forhandlingsorgan, eftersom selskabet har datterselskaber som omhandlet i artikel 2, litra c), i direktiv 2001/86, der beskæftiger medarbejdere i flere medlemsstater, og iværksatte et arbejdsretligt søgsmål. Ledelsen i O Holding SE bestred denne påstand.

30. Efter at sagsøgte blev frifundet af Arbeitsgericht Hamburg (arbejdsretten i Hamburg, Tyskland), og denne afgørelse blev stadfæstet af Landesarbeitsgericht Hamburg (den regionale appeldomstol i arbejdsretlige sager i Hamburg, Tyskland), er sagen blevet indbragt for Bundesarbeitsgericht (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager, Tyskland), som er den forelæggende ret.

31. Med henblik på at træffe afgørelse i denne sag har den nævnte ret anmodet om en fortolkning af artikel 12, stk. 2, i forordning nr. 2157/2001, sammenholdt med artikel 3-7 i direktiv 2001/86. Den forelæggende ret har anført, at disse bestemmelser ganske vist ikke udtrykkeligt fastsætter, at forhandlingsproceduren om medarbejderindflydelse skal gennemføres efterfølgende, hvis den

ikke blev gennemført forudgående. Den forelæggende ret er imidlertid af den opfattelse, at den nævnte forordning og det nævnte direktiv, således som det navnlig fremgår af første og anden betragtning til forordningen, tager udgangspunkt i, at de deltagende selskaber eller deres datterselskaber udøver en økonomisk aktivitet og dermed beskæftiger medarbejdere, hvorfor det er muligt at iværksætte en sådan forhandlingsprocedure allerede ved stiftelsen og inden registreringen af SE-selskabet. Den forelæggende ret er derfor i tvivl om, hvorvidt formålet med det nævnte direktivs artikel 3-7 i tilfælde, hvor der er tale om registrering af et SE-selskab, hvori hverken de deltagende selskaber eller disses datterselskaber beskæftiger medarbejdere, kan kræve, at forhandlingsproceduren om medarbejderindflydelse gennemføres efterfølgende, såfremt SE-selskabet bliver en virksomhed med bestemmende indflydelse på datterselskaber i flere medlemsstater, som beskæftiger medarbejdere.

32. I denne forbindelse er den forelæggende ret af den opfattelse, at en sådan pligt i det mindste kan være påbudt, henset til artikel 11 i direktiv 2001/86, såfremt der, som det er tilfældet i hovedsagen, foreligger en snæver tidsmæssig sammenhæng mellem registreringen af SE-selskabet og erhvervelsen af datterselskaber, eftersom denne omstændighed kan føre til en formodning om, at der er tale om et arrangement, der udgør misbrug, med det formål at fratage medarbejderne deres ret til medindflydelse eller nægte dem en sådan ret.

33. Såfremt der foreligger en sådan forpligtelse til at gennemføre forhandlingsproceduren om medarbejderindflydelse efterfølgende, er spørgsmålet, om den er undergivet en tidsbegrænsning, og om gennemførelsen heraf er omfattet af lovgivningen i den medlemsstat, hvori SE-selskabet aktuelt har sit hjemsted, eller lovgivningen i den medlemsstat, hvori det blev registreret første gang, henset til den omstændighed, at sidstnævnte stat i den foreliggende sag er udtrådt af Unionen efter flytningen af SE-selskabets hjemsted til Tyskland.

34. På denne baggrund har Bundesarbeitsgericht (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager) besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Skal artikel 12, stk. 2, i forordning [nr. 2157/2001], sammenholdt med artikel 3-7 i direktiv 2001/86[...], fortolkes således, at i tilfælde af, at et holding-SE-selskab stiftes af deltagende selskaber, som ikke beskæftiger medarbejdere og ikke har datterselskaber, som beskæftiger medarbejdere, og selskabet optages i en medlemsstats register (såkaldt »medarbejderløst SE-selskab«) uden forudgående gennemførelse af en forhandlingsprocedure om medarbejderindflydelse i SE-selskabet, skal denne forhandlingsprocedure i henhold til dette direktiv gennemføres efterfølgende, hvis SE-selskabet bliver virksomhed med bestemmende indflydelse på datterselskaber, der beskæftiger medarbejdere, i flere EU-medlemsstater?
- 2) Såfremt Domstolen besvarer det første spørgsmål bekræftende: Er den efterfølgende gennemførelse af forhandlingsproceduren i et sådant tilfælde mulig og påbudt uden tidsmæssig begrænsning?
- 3) Såfremt Domstolen besvarer det andet spørgsmål bekræftende: Er artikel 6 i direktiv 2001/86[...] til hinder for en anvendelse af lovgivningen i den medlemsstat, hvor SE-selskabet nu har sit vedtægtsmæssige hjemsted, på en efterfølgende gennemførelse af forhandlingsproceduren, hvis det »medarbejderløse SE-selskab« blev optaget i registret i en anden medlemsstat uden forudgående gennemførelse af en sådan procedure og før flytningen af selskabets vedtægtsmæssige hjemsted blev virksomhed med bestemmende indflydelse på datterselskaber, der beskæftiger medarbejdere, i flere EU-medlemsstater?

4) Såfremt Domstolen besvarer det tredje spørgsmål bekræftende: Gælder dette også, hvis den stat, hvor dette »medarbejderløse SE-selskab« første gang blev optaget i registret, efter flytningen af selskabets vedtægtsmæssige hjemsted er udtrådt af [Unionen], og dets lovgivning ikke længere indeholder bestemmelser om gennemførelse af en forhandlingsprocedure om medarbejderindflydelse i SE-selskabet?»

35. Den tyske regering og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

36. I retsmødet, der blev afholdt den 28. september 2023, afgav O KG's koncernbedriftsråd, direktionen for O Holding SE, den tyske og den luxembourgske regering samt Kommissionen mundtlige indlæg og besvarede Domstolens spørgsmål til mundtlig besvarelse.

IV. Bedømmelse

37. Stiftelsen af et SE-selskab er omfattet af nogle hovedprincipper.

38. For det første er der kun fire måder, hvorpå stiftelsen kan finde sted: ved fusion, ved stiftelse af et holding-SE-selskab, ved stiftelse af et SE-datterselskab og ved omdannelse af et aktieselskab til SE-selskab¹⁴.

39. For det andet er SE-selskabet omfattet af:

- bestemmelserne i forordning nr. 2157/2001
- bestemmelserne i selskabets vedtægter, når denne forordning udtrykkeligt tillader det, eller
- for så vidt angår spørgsmål, som (helt eller delvist) ikke er omfattet af den nævnte forordning, den nationale lovgivning, der er vedtaget i medfør af EU-retlige foranstaltninger, der specifikt vedrører SE-selskabet, den nationale lovgivning, der finder anvendelse på aktieselskaber i den medlemsstat, hvor SE-selskabet er registreret, og bestemmelserne i SE-selskabets vedtægter efter samme regler som dem, der gælder for aktieselskaber i den medlemsstat, hvor SE-selskabet er registreret¹⁵.

40. For det tredje kan registreringen af SE-selskabet kun gennemføres, hvis der er indgået en aftale om ordninger for medarbejderindflydelse i henhold til artikel 4 i direktiv 2001/86, det særlige forhandlingsorgan har besluttet at støtte sig på de gældende regler i de medlemsstater, hvor SE-selskabet har medarbejdere, eller hvis der inden for den frist, der er fastsat i artikel 5 i direktiv 2001/86, ikke er indgået nogen aftale¹⁶.

41. Hvad angår medarbejdernes medbestemmelse, defineret som repræsentationsorganets og/eller medarbejderrepræsentanternes indflydelse på et selskabs anliggender¹⁷, var der tale om et af de afgørende punkter i forhandlingerne om udkastet til regler vedrørende oprettelsen af et SE-selskab, der blokerede for afslutningen af disse forhandlinger, som anført ovenfor¹⁸. Sammenholdt med princippet om overholdelse af det høje niveau af beskyttelse af den

¹⁴ – Jf. artikel 2 i forordning nr. 2157/2001.

¹⁵ – Jf. artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 2157/2001.

¹⁶ – Jf. artikel 12, stk. 2, i forordning nr. 2157/2001.

¹⁷ – Jf. artikel 2, litra k), i direktiv 2001/86.

¹⁸ – Jf. punkt 3 i dette forslag til afgørelse.

eksisterende ret til medindflydelse var »før og efter-princippet« afgørende og gjorde det muligt at afslutte forhandlingerne. Dette princip blev accepteret både af fortalene for beskyttelse af medbestemmelsen, eftersom det gjorde det muligt at opretholde et højt niveau af medbestemmelse for medarbejdere, og af de medlemsstater, der ikke havde en sådan ordning og så det som et middel til at gøre dem til attraktive vedtægtsmæssige hjemsteder¹⁹.

42. »Før og efter-princippet« vedrører imidlertid kun de deltagende selskaber og gør det muligt at beskytte de eksisterende rettigheder med hensyn til medindflydelse i disse selskaber²⁰.

43. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om forhandlinger om ordninger for medarbejderindflydelse kan indledes efterfølgende, dvs. efter registreringen af det af selskaberne oprettede holding-SE-selskab, der ikke beskæftigede medarbejdere på tidspunktet for denne registrering.

44. Indledningsvis skal opmærksomheden henledes på, at i modsætning til, hvad formuleringen af dette præjudicielle spørgsmål tyder på, er spørgsmålet om, hvorvidt holding-SE-selskabet har datterselskaber, der beskæftiger medarbejdere, uden betydning for, om forpligtelsen til at nedsætte et særligt forhandlingsorgan og til forudgående at indlede forhandlinger om medarbejderindflydelse udløses. Det er nemlig kun de selskaber, der deltager direkte i stiftelsen af SE-selskabet, der er omfattet af artikel 2, litra b), og artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/86, og følgelig kun de rettigheder med hensyn til medarbejderindflydelse, der er erhvervet i disse selskaber, der tages i betragtning. På det tidspunkt, hvor det særlige forhandlingsorgan sammensættes²¹ og aftalen udarbejdes²², tages de berørte datterselskaber og bedrifter (driftsenheder) til gengæld i betragtning²³.

45. Selv om registreringen af et SE-selskab i medfør af artikel 12, stk. 2, i forordning nr. 2157/2001 forudsætter, at der er ført forhandlinger i det særlige forhandlingsorgan, findes der i praksis situationer, hvori registreringen finder sted uden oprettelse af et særligt forhandlingsorgan og uden forhandlinger om ordninger for medarbejderindflydelse, fordi sådanne forhandlinger er umulige.

46. Dette er tilfældet ved stiftelsen af et SE-selskab i form af et holdingselskab, når de stiftende selskaber ikke beskæftiger medarbejdere. Samme situation opstår, når et datterselskab i form af et SE-selskab stiftes af selskaber, der ikke beskæftiger medarbejdere²⁴. I disse tilfælde kan det særlige forhandlingsorgan i mangel af medarbejdere i de deltagende selskaber ikke oprettes efter de regler, der er fastsat i direktiv 2001/86.

¹⁹ – Jf. S. Sick, »Worker participation in SEs – a workable, albeit imperfect compromise«, i J. Cremers, M. Stollt og S. Vitols, *A decade of experience with the European Company*, The European Trade Union Institute, Bruxelles, 2013, s. 93-106, navnlig s. 96 og 97.

²⁰ – Jf. 3., 7. og 18. betragtning til direktiv 2001/86.

²¹ – Jf. artikel 3, stk. 2, i direktiv 2001/86.

²² – Jf. artikel 4, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/86.

²³ – Jf. arbejdsdokument nr. 6 fra ekspertgruppen bestående af nationale eksperter og sociale attachéer, nedsat af Kommissionen som forum for drøftelse af, hvordan direktiv 2001/86 kan gennemføres i de nationale lovgivninger (herefter »SE-ekspertgruppen«), af 2.10.2002 med overskriften »Definition of »participating companies« – Article 2 (b)«, s. 30 og 31.

²⁴ – Jf. M. Stollt og M. Kelemen, »A big hit or a flop? A decade of facts and figures on the European Company (SE)«, i J. Cremers, M. Stollt og S. Vitols, *A decade of experience with the European Company*, l.c., s. 25-47, navnlig s. 45 og 46.

47. Spørgsmålet om, hvorvidt det er muligt at registrere et SE-selskab uden at overholde artikel 12, stk. 2, i forordning nr. 2157/2001, er blevet forelagt de tyske domstole. Med støtte i en ordlydsfortolkning af denne bestemmelse har Oberlandesgericht Düsseldorf (øverste regionale domstol i Düsseldorf, Tyskland)²⁵ accepteret registreringen af et sådant SE-selskab på trods af modstand fra fagforeningerne²⁶.

48. En del SE-selskaber, der er registreret uden forudgående forhandlinger om medarbejderindflydelse, har set dagens lys i forskellige medlemsstater (bl.a. i Tyskland og i Den Tjekkiske Republik, hvor de er talrige²⁷)

49. Denne accept, der er i strid med ordlyden af artikel 12, stk. 2, i forordning nr. 2157/2001, er ifølge den tyske regering blevet begrundet med en ordlydsfortolkning af denne bestemmelse med henblik på at tillade en udøvelse af de økonomiske friheder på det indre marked, der ikke nødvendigvis indebærer beskæftigelse af egne medarbejdere. Endvidere er det ikke blot blevet anerkendt, at der i mangel af medarbejdere i de deltagende selskaber ikke kan oprettes et særligt forhandlingsorgan, men også, at der ikke findes eksisterende medarbejderrettigheder, der skal beskyttes, og at »før og efter-princippet« folgelig ikke finder anvendelse. Et krav om sådanne forhandlinger ville svare til at forbyde stiftelse af SE-selskaber i disse tilfælde. Kommissionen har i sine indlæg forklaret, at en sådan registrering uden forudgående forhandlinger kan støttes på reglerne i forordning nr. 2157/2001, hvorefter den gældende nationale lovgivning for aktieselskaber i medlemsstaten finder anvendelse på spørgsmål, som ikke er omfattet af denne forordning, og at det folgelig, såfremt den pågældende nationale lovgivning tillader stiftelse af medarbejderløse aktieselskaber, også bør være tilladt for SE-selskabet²⁸.

50. Det er således ikke omtvistet, at en registrering af medarbejderløse SE-selskaber er mulig i det tilfælde, som er blevet forelagt Domstolen²⁹.

51. Dermed opstår spørgsmålet, om det er muligt at indlede forhandlinger om medarbejderindflydelse efterfølgende.

52. Det er fastsat i direktiv 2001/86, at sådanne forhandlinger efter registrering i medfør af direktivets artikel 3, stk. 6, fjerde afsnit, kun kan finde sted efter skriftlig anmodning fra mindst 10% af medarbejderne i SE-selskabet, dets datterselskaber og bedrifter (driftsenheder), eller deres repræsentanter, og tidligst to år efter det særlige forhandlingsorgans afgørelse om ikke at indlede forhandlinger eller om at afbryde de forudgående forhandlinger, medmindre parterne er enige om at genoptage forhandlingerne inden da. Dermed fremgår det tydeligt, at de efterfølgende forhandlinger kun kan finde sted, såfremt der forudgående er oprettet et særligt forhandlingsorgan og der reelt er tale om en genforhandling. I bilaget til dette direktiv er der ligeledes hjemlet forhandlinger fire år efter nedsættelsen af repræsentationsorganet i tilfælde af anvendelse af referencebestemmelser³⁰.

²⁵ – Jf. dom I-3 Wx 248/08 af 30.3.2009.

²⁶ – Jf. R. Köstler, »SEs in Germany«, i J. Cremers, M. Stollt og S. Vitols, *A decade of experience with the European Company, l.c.*, s. 123-131, navnlig s. 128 og 129.

²⁷ – Jf. M. Stollt og E. Wolters, *Implication des travailleurs dans la Société européenne (SE) – Guide pour les acteurs de terrain*, The European Trade Union Institute, Bruxelles, 2013, s. 93.

²⁸ – Jf. artikel 9, stk. 1, litra c), nr. ii), i forordning nr. 2157/2001.

²⁹ – Dette er ligeledes tilfældet, såfremt de deltagende medarbejderløse selskaber stifter et SE-datterselskab.

³⁰ – Jf. del 1, litra g), i bilaget til direktiv 2001/86.

53. I 18. betragtning til direktiv 2001/86 anføres det dels, at de rettigheder, medarbejderne havde inden stiftelsen af europæiske selskaber, også er udgangspunktet for udformningen af deres ret til medindflydelse i SE-selskabet («før og efter-princippet»), dels at denne betragtningsmåde derfor ikke kun gælder for nystiftelse af et SE-selskab, men også for strukturelle ændringer af et allerede bestående europæisk selskab og for de selskaber, der berøres af de strukturelle ændringsprocesser. Denne betragtning er dog ikke tilstrækkelig til at danne grundlag for en ret til efterfølgende forhandlinger om medarbejderindflydelse, såfremt der ikke forudgående er blevet oprettet et særligt forhandlingsorgan.

54. I modsætning til, hvad den tyske og den luxembourgske regering har anført, skyldes denne manglende mulighed for at indlede efterfølgende forhandlinger ikke en forglemmelse under udarbejdelsen af direktiv 2001/86, men et reelt valg fra EU-lovgivers side som følge af kompromiset om »før og efter-princippet«.

55. Flere elementer peger i denne retning. For det første anbefalede Davignon-rapporten, der dannede grundlag for de sidste forhandlinger om forordning nr. 2157/2001 og direktiv 2001/86, klart forhandlinger om medarbejderindflydelse før registreringen af hensyn til forudsigeligheden for aktionærene og medarbejderne samt til SE-selskabets virksomhed³¹. For det andet havde Europa-Parlamentet foreslået en betragtning 7a, der udtrykkeligt krævede efterfølgende forhandlinger, men som blev forkastet³² til fordel for den langt vagere affattelse af 18. betragtning til direktiv 2001/86.

56. Dette valg fra EU-lovgivers side fremgik ligeledes under udarbejdelsen af statuten for det europæiske andelsselskab og i direktiv 2003/72/EF³³ om medarbejderindflydelsen i et sådant selskab, eftersom der udtrykkeligt er foreskrevet efterfølgende forhandlinger om medarbejderindflydelse, hvis det samlede antal medarbejdere når op på eller overstiger 50 i mindst to medlemsstater³⁴. I dette tilfælde åbnede forhandlingerne mellem medlemsstaterne mulighed for at indføre en forpligtelse til efterfølgende forhandlinger, som ganske vist er knyttet til overskridelsen af en tærskel, men dette blev ikke fastsat i reglerne for SE-selskabet.

57. Problemet med medarbejderløse SE-selskaber blev desuden allerede i 2003 nævnt af SE-ekspertgruppen³⁵, men også af den uafhængige ekspertgruppe, der blev nedsat af Kommissionen med henblik på den revision af direktiv 2001/86, der er fastsat i dette direktivs artikel 15³⁶.

58. Kommissionen udarbejdede og affattede således sin rapport og meddelelse vedrørende anvendelsen af forordning nr. 2157/2001 og om revisionen af direktiv 2001/86 med fuldt kendskab til denne problemstilling. I sin rapport anførte Kommissionen, efter at have rejst spørgsmålet om aktivering af »skuffe«-SE-selskaber³⁷, at »[e]ventuelle overvejelser om ændringer

³¹ – Jf. Davignon-rapporten, punkt 50 og 69, SE-ekspertgruppens arbejdsdokument nr. 19 af 23.6.2003 med overskriften »Misuse of Procedures – Article 11« (herefter »SE-ekspertgruppens arbejdsdokument nr. 19«), s. 125 og 126.

³² – Jf. Europa-Parlamentets betænkning af 21.6.2001 om forslag til Rådets direktiv om supplerende bestemmelser til SE-statuten med hensyn til arbejdstagernes stilling (A5-0231/2001), s. 7.

³³ – Rådets direktiv af 22.7.2003 om supplerende bestemmelser til statuten for det europæiske andelsselskab for så vidt angår medarbejderindflydelse (EUT 2003, L 207, s. 25).

³⁴ – Jf. artikel 8, stk. 3, i direktiv 2003/72.

³⁵ – Jf. SE-ekspertgruppens arbejdsdokument nr. 19, s. 124.

³⁶ – Jf. F. Valdès Dal-Ré, *Studies on the implementation of Labour Law Directives in the enlarged European Union, Directive 2001/86/EC supplementing the European Company with regard to the involvement of employees, Synthesis report*, s. 101 og 102.

³⁷ – Jf. Kommissionens rapport til Europa-Parlamentet og Rådet af 17.11.2010 vedrørende anvendelsen af Rådets forordning (EF) nr. 2157/2001 af 8.10.2001 om statut for det europæiske selskab (SE) (KOM(2010) 676 endelig), s. 9.

af SE-statutten for at løse de praktiske problemer, som forskellige parter har identificeret, bliver nødt til at tage hensyn til, at SE-statutten er et resultat af et vanskeligt kompromis efter lange forhandlinger. Kommissionen overvejer for øjeblikket potentielle ændringer i SE-statutten med henblik på at fremsætte forslag i 2012, hvis det er relevant³⁸. I sin meddelelse erkendte Kommissionen, efter ligeledes at have erkendt, at der ikke findes bestemmelser i direktiv 2001/86 vedrørende tilfældet med SE-selskaber, der er stiftet uden medarbejdere³⁹, at den havde identificeret nogle problemer, men at vedtagelsen af forordning nr. 2157/2001 og direktiv 2001/86 var resultatet af et vanskeligt kompromis efter 30 års forhandlinger, hvorfor Kommissionen ville undersøge det hensigtsmæssige i at revidere disse på samme tid i forbindelse med revisionen af denne forordning i 2009⁴⁰.

59. Spørgsmålet blev endvidere uddybet med en længere tidshorisont i forhold til datoen for gennemførelsen af direktiv 2001/86 i et værk omhandlende ti års anvendelse af SE-selskabet⁴¹.

60. I en beslutning fra 2021 opfordrede Parlamentet Kommissionen til at foretage de nødvendige forbedringer af de retlige rammer for SE-selskaber og europæiske andelselskaber og af pakken om selskabsret – på grundlag af Kommissionens rettidige evaluering heraf – og til at ændre disse med henblik på at indføre EU-mindstekrav for medarbejderinddragelse og -repræsentation i tilsynsorganer⁴².

61. Selv om der siden 2003 og helt frem til 2021 er blevet konstateret problemer med stiftelsen af et SE-selskab og dets virksomhed, navnlig i forbindelse med stiftelse af SE-selskaber uden oprettelse af et særligt forhandlingsorgan, har Kommissionen aldrig foreslået ændringer af forordning nr. 2157/2001 eller direktiv 2001/86 for at afhjælpe disse. Ikke blot har Kommissionen aldrig fremsat forslag om ændringer i denne henseende, men dens andre forslag til retsakter vedrørende selskabsret, der har indvirkning på medarbejders inddragelse og indflydelse inden for strukturen og for fagforeningernes rolle under udarbejdelsen af forslaget, har ikke ført til noget resultat (forslaget om det europæiske private selskab blev forelagt i 2008 og trukket tilbage i 2014, forslaget om enkeltmandsselskab med begrænset ansvar blev forelagt i 2014 og trukket tilbage i 2018⁴³).

62. Herefter finder jeg derfor, at det står klart, at de manglende regler om efterfølgende forhandlinger om medarbejderindflydelse i tilfælde med et SE-selskab, der er stiftet uden et særligt forhandlingsorgan, beror på et bevidst valg fra EU-lovgivers side, selv om denne mangel af fortalerne for ordningen om medarbejderindflydelse, navnlig med hensyn til medbestemmelse, kan anses for en lakune.

63. I denne sammenhæng skal 18. betragtning til direktiv 2001/86 derfor fortolkes således, at den henviser til de tilfælde, hvor der foretages strukturelle ændringer i et SE-selskab, der er stiftet med et særligt forhandlingsorgan. Dette er så meget mere logisk, idet der i affattelsen henvises til »denne betragtningssåde«, dvs. til »før og efter-princippet«, der er nævnt i den foregående

³⁸ – Jf. den rapport, der er nævnt i fodnote 37 i dette forslag til afgørelse, s. 11.

³⁹ – Jf. Kommissionens meddelelse af 30.9.2008 om revision af Rådets direktiv 2001/86/EF af 8.10.2001 om fastsættelse af supplerende bestemmelser til statut for det europæiske selskab (SE) for så vidt angår medarbejderindflydelse (KOM(2008) 591 endelig), s. 7.

⁴⁰ – Jf. den rapport, der er nævnt i fodnote 39 i dette forslag til afgørelse, s. 9.

⁴¹ – Jf. J. Cremers, M. Stollt og S. Vitols, *A decade of experience with the European Company, l.c.*, navnlig kapitel 1, 4 og 6 (jf. henholdsvis fodnote 24, 19 og 26 i dette forslag til afgørelse).

⁴² – Jf. Europa-Parlamentets beslutning af 16.12.2021 om demokrati på arbejdspladsen: en europæisk ramme for arbejdstageres medbestemmelsesret og revision af direktivet om europæiske samarbejdsudvalg (2021/2005(INI)), punkt 6 og 10.

⁴³ – Jf. Europa-Parlamentets faktablad om Den Europæiske Union med overskriften »Selskabsret«, der er tilgængelig på følgende internetadresse: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/da/sheet/35/le-droit-des-societes>

sætning, og som forudsætter, at der i en tidligere tilstand fandtes rettigheder, der skal beskyttes. Denne betragtning har således i virkeligheden til formål at tydeliggøre princippet om forrang for disse forhandlinger, hvilket illustreres af den omstændighed, at den første aftale om medarbejderindflydelse skal fastsætte aftalens ikrafttrædelsesdato, dens varighed, tilfælde, hvor aftalen bør genforhandles, og genforhandlingsproceduren⁴⁴.

64. Det er også således, at de nationale eksperter og arbejdsmarkedsrådgiverne i SE-ekspertgruppen (der deltog i forhandlingerne om direktiv 2001/86 og fik til opgave at udarbejde en rapport med det formål at lette dets gennemførelse) har fortolket betragtningen, eftersom de anførte, at bortset fra henvisningerne i dette direktiv, der indirekte og delvist behandler dette spørgsmål⁴⁵, er reglerne i det nævnte direktiv alene beregnet til anvendelse umiddelbart før og på tidspunktet for SE-selskabets stiftelse, og at der derfor kan være behov for, at de berørte parter anvender de regler i det samme direktiv, som hovedsageligt har til formål at beskytte ordningerne for medarbejdernes medbestemmelse, dynamisk og ikke kun på det tidspunkt, hvor SE-selskabet oprettes. De tilføjede, at erfaringerne med anvendelsen af direktiv 94/45/EF⁴⁶ viste, at disse problemer i det væsentlige løses ved indgåelse af aftaler. De konkluderede, at i og med direktiv 2001/86 ikke går videre, synes problemstillingen med indtrådte ændringer, bortset fra tilfælde af misbrug, blot at skulle bestå af en enkel detaljeret henvisning til tilfælde med senere strukturelle ændringer i de nationale bestemmelser til gennemførelse af dette direktivs artikel 4, stk. 2, vedrørende indholdet af aftalen med henblik på at henlede parternes opmærksomhed på de faktiske forhold i forbindelse med disse ændringer⁴⁷.

65. SE-ekspertgruppen gik ikke ud fra, at medlemsstaterne har noget andet råderum i denne henseende.

66. Disse eksperter tilkendegav til gengæld klart, at efterfølgende forhandlinger om medarbejderindflydelse kan være en effektiv sanktion i tilfælde af misbrug af SE-selskabet med henblik på at fratage medarbejderne deres ret til medindflydelse, og at denne sanktion endog har den fordel, at den kan være en ensartet løsning i medlemsstaterne⁴⁸. Artikel 11 i direktiv 2001/86 bestemmer nemlig, at medlemsstaterne i overensstemmelse med EU-lovgivningen træffer passende foranstaltninger for at undgå misbrug af et SE-selskab med det formål at fratage medarbejderne deres ret til medindflydelse eller nægte dem en sådan ret.

67. De nævnte eksperter illustrerede deres forslag med eksempler på situationer, der kan være udtryk for misbrug, ikke blot i tilfælde, hvor et SE-selskab uden medarbejderinddragelse stiftes ved hjælp af datterselskaber uden medarbejderinddragelse, hvorved dette SE-selskab efterfølgende får bestemmende indflydelse på alle datterselskaberne, hvad enten de er omfattet af en medbestemmelsesordning eller ej, men også i tilfælde, hvor et SE-selskab stiftes ved omdannelse i en medlemsstat, der ikke kræver en medbestemmelsesordning, og hjemstedet derefter flyttes til en medlemsstat, der kræver en sådan ordning, eller i tilfælde, hvor der stiftes et SE-selskab, inden de tærskler, der udløser anvendelsen af medbestemmelsesordningen, nås⁴⁹.

⁴⁴ – Jf. artikel 4, stk. 2, litra h), i direktiv 2001/86.

⁴⁵ – Jf. artikel 4, stk. 2, litra h), i direktiv 2001/86 og del 1, litra g), i bilaget hertil.

⁴⁶ – Rådets direktiv af 22.9.1994 om indførelse af europæiske samarbejdsudvalg eller en procedure i fællesskabsvirksomheder og fællesskabskoncerner med henblik på at informere og høre arbejdstagerne (EFT 1994, L 254, s. 64).

⁴⁷ – Jf. SE-ekspertgruppens arbejdsdokument nr. 17 af 23.6.2003 med overskriften »Content of the agreement – Article 4«, s. 113 og 114.

⁴⁸ – Jf. SE-ekspertgruppens arbejdsdokument nr. 19, s. 124.

⁴⁹ – Jf. SE-ekspertgruppens arbejdsdokument nr. 19, s. 124.

68. Fællesnævneren for disse eksempler er, at SE-selskaberne stiftes uden forudgående forhandlinger om medarbejderindflydelse i et særligt forhandlingsorgan, eftersom disse SE-selskaber stiftes på grundlag af selskaber, der ikke er omfattet af medbestemmelsesordningen. Det fremgår således klart, at SE-ekspertgruppen dels havde tilfælde i tankerne, hvor SE-selskaber stiftes uden forudgående forhandlinger og uden automatisk anvendelse af referencebestemmelserne, dels ikke forudsatte, at der efterfølgende skulle gennemføres lovbestemte forhandlinger i tilfælde af strukturelle ændringer, men kun i tilfælde af misbrug.

69. Denne ekspertgruppe foreslog på baggrund af sine overvejelser en affattelse af en bestemmelse til bekæmpelse af misbrug, der kan vælges i national ret⁵⁰, som er baseret på den opfattelse, at der skal finde forhandlinger sted i de tilfælde, der er nævnt i punkt 67 i dette forslag til afgørelse, og at der, når først et misbrug er bevist efter de almindelige regler, kan anvendes en simpel formodning for misbrug, såfremt ændringerne sker inden for kort tid (f.eks. et år) efter registreringen af SE-selskabet⁵¹. Ekspertgruppen præciserede, at den ideelle løsning vil være at have en bestemmelse, der foreskriver en genforhandling i disse tilfælde og, såfremt denne forhandling ikke fører til et resultat, anvendelse af referencebestemmelserne for medbestemmelse i bilaget til direktiv 2001/86⁵². Med henblik herpå skal direktivets artikel 3-7 anvendes tilsvarende, og henvisningerne til det tidspunkt, hvor SE-selskabet registreres, skal erstattes af henvisninger til det tidspunkt, hvor forhandlingerne slår fejl⁵³.

70. Med forbehold for den nationale rets bedømmelse kan den blotte flytning af det vedtægtsmæssige hjemsted eller anvendelsen af en bestemmelse i national ret, der tillader, at medarbejdernes medbestemmelse fjernes i et SE-selskabs datterselskab, som fortsat er omfattet af denne nationale lovgivning, under alle omstændigheder ikke i sig selv udgøre misbrug, uden at den effektive virkning af forordning nr. 2157/2001 og direktiv 2001/86 bringes i fare.

71. Konklusionen er, at resultatet af forhandlingerne vedrørende den nævnte forordning og det nævnte direktiv kan forekomme mangelfuldt, men at anvendelsen af »før og efter-princippet« på tidspunktet for SE-selskabets registrering i virkeligheden var tilsigtet af medlemsstaterne, hvorfor jeg følgelig ikke anser det for muligt, at retspraksis udvider rettighederne med hensyn til medarbejderindflydelse, eftersom dette ville bringe den dyrekøbte balance, der blev opnået ved disse forhandlinger, i fare. Såfremt disse rettigheder udvides til at gå videre end tilfælde af misbrug, vil de efterfølgende forhandlinger om medarbejderindflydelse nemlig bringe den stabilitet i selskabets virksomhed, der ligeledes tilstræbes med denne lovgivning⁵⁴, i fare, eftersom de kan finde sted i tilfælde af omdannelse til SE-selskab, inden de tærskler, der i national ret fører til medbestemmelse, eller hver gang medarbejderkredsen ændres på grund af overdragelse eller erhvervelse af datterselskaber.

72. Henset til samtlige disse grunde foreslår jeg Domstolen at besvare det første præjudicielle spørgsmål således, at artikel 12, stk. 2, i forordning nr. 2157/2001, sammenholdt med artikel 3-7 i direktiv 2001/86, skal fortolkes således, at efter registreringen af et holding-SE-selskab, der er blevet stiftet af deltagende selskaber, som ikke beskæftiger medarbejdere, uden at der forudgående er ført forhandlinger om medarbejderindflydelse, foreskriver bestemmelsen ikke, at

⁵⁰ – Jf. SE-ekspertgruppens arbejdsdokument nr. 19, s. 126.

⁵¹ – Jf. SE-ekspertgruppens arbejdsdokument nr. 19, s. 125.

⁵² – Jf. del 3 i bilaget til direktiv 2001/86.

⁵³ – Jf. SE-ekspertgruppens arbejdsdokument nr. 19, s. 127.

⁵⁴ – Jf. Davignon-rapporten, punkt 50, der er nævnt i SE-ekspertgruppens arbejdsdokument nr. 19, s. 126.

der indledes sådanne forhandlinger alene af den grund, at det pågældende SE-selskab bliver en virksomhed med bestemmende indflydelse på datterselskaber, der beskæftiger medarbejdere i en eller flere EU-medlemsstater.

73. Henset til dette svar finder jeg det ikke nødvendigt, at Domstolen besvarer de andre præjudicielle spørgsmål.

V. Forslag til afgørelse

74. Jeg foreslår på baggrund af det ovenfor anførte, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål, som Bundesarbeitsgericht (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager, Tyskland) har forelagt, således:

»Artikel 12, stk. 2, i Rådets forordning (EF) nr. 2157/2001 af 8. oktober 2001 om statut for det europæiske selskab (SE), sammenholdt med artikel 3-7 i Rådets direktiv 2001/86/EF af 8. oktober 2001 om fastsættelse af supplerende bestemmelser til statut for det europæiske selskab (SE) for så vidt angår medarbejderindflydelse,

skal fortolkes således, at

efter registreringen af et holding-SE-selskab, der er blevet stiftet af deltagende selskaber, som ikke beskæftiger medarbejdere, uden at der forudgående er ført forhandlinger om medarbejderindflydelse, foreskriver bestemmelsen ikke, at der indledes sådanne forhandlinger alene af den grund, at det pågældende SE-selskab bliver en virksomhed med bestemmende indflydelse på datterselskaber, der beskæftiger medarbejdere i en eller flere EU-medlemsstater.«